

El binomio Derecho público-Derecho privado como indicador de las transformaciones del derecho

La distinción entre derecho público y privado es una cuestión clásica del pensamiento jurídico. En realidad, habría que decir más bien que se trata de un presupuesto aceptado como tal hasta que un análisis en cierta profundidad muestra inconsistencias, así como la dificultad de dividir conforme a él todo el derecho. En realidad, la llamada «summa divisio» más que un tema de estudio es un cabo de las tormentas, por utilizar la expresión de Ihering, en el que si no se estrellan, al menos quedan varados, quienes tratan de presentar el asunto como sencillo.

Si las cosas son así, quizá habría que comenzar justificando el interés de tratar una categoría clásica en el ámbito de la filosofía del derecho actual. Es cierto que esta cuestión ha sido objeto de diversas publicaciones y estudios en los últimos años¹ por lo que, al parecer, nos sumamos a una tendencia. Pero bien mirado, el interés general que suscite no nos exime de tratar de entender a qué obedece ese interés sino más bien todo lo contrario.

Cabría partir, como presupuesto, de que la distinción es un asunto relativamente simple del que se ocupan los manuales de Introducción al Derecho. Tiene, en consecuencia, una razón de ser propedéutica que hace abordable un objeto de estudio, de por sí complejo, como es el derecho. En cambio, si se entiende como problema, la dicotomía es un tema recurrente, que aparece en los cambios de época mostrando habitualmente no solo curiosidad sino un cierto grado de preocupación por parte de los que observan las transformaciones

¹ Citando sólo algunos, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, «Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho», *Revista General de Derecho Administrativo*, 26 (2011); F. VELASCO CABALLERO, *Derecho público más Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2014; M. J. ROCA, *Derecho público y derecho privado. Diferencias de régimen jurídico y cuestiones actuales de recíproca influencia*, Iustel, Madrid, 2015; F. PASCUA MATEO, *El rapto del derecho privado. Las relaciones entre el Derecho público y el Derecho privado en el Estado regulador*, Civitas-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

jurídicas. Al mismo tiempo, no cabe duda de que es una cuestión que interesa a los juristas en el sentido alemán del término, esto es, a los estudiosos del derecho, y que tiene, en apariencia, escasa repercusión real (más constituye una forma de explicar la realidad que de transformarla)². Incluso, trivializándolo un tanto, podría pensarse que el asunto está más relacionado con la política académica y con una visión protectora de la propia parcela de estudio que con un problema intelectual.

Aún a riesgo de caer en una generalización excesiva asumo como punto de partida que, a lo largo del siglo pasado y creo que se puede decir lo mismo de años recientes, muchos de los que han abogado por la trascendencia de la distinción han sido habitualmente estudiosos del derecho privado que sentían invadido su ámbito de trabajo por especialistas en derecho público. *A contrario*, esa sería la razón de que iuspublicistas como Kelsen, lo hayan considerado no una ya distinción sin sentido, sino funesta ya que todo derecho es creación del Estado y, por tanto, derecho público. Pero a Kelsen no le guía una motivación de mera política académica, sino el afán de juridificar el ámbito de la política, o más bien, evitar la irrupción de la política en el derecho del Estado. El Estado no debe ser regido por criterios que vayan más allá de lo jurídico, de ahí el auténtico sentido de la expresión Estado de Derecho³. Una distinción, aunque sea nominal entre un derecho político y un derecho jurídico sería nefasta, o más bien funesta, por utilizar su propia terminología. En realidad y paradójicamente, sigue un razonamiento análogo al de Álvaro d'Ors, para quien el auténtico derecho es el privado mientras que el público no sería otra cosa que política. Para él, sólo el derecho privado reúne los caracteres de lo jurídico y el verdadero jurista es siempre privatista⁴. Según d'Ors, lo que sucede es que hoy asistimos a una nueva vulgarización del derecho. Como mucho tiempo antes dijo Savigny, la ley es para momentos de decadencia en tanto que la plenitud se da en el contexto de la ciencia jurídica. En realidad, en buena medida la separación entre derecho público y privado o la superación de esa distinción guarda relación con el papel preponderante o no de la ley en el fenómeno jurídico.

² En palabras de G. Robles, «hay que adscribir la diferenciación al sistema jurídico más que al ordenamiento jurídico», M. J. ROCA (coord.), *Derecho público y derecho privado...*, op. cit., 67.

³ Sobre esto, es muy recomendable la lectura del trabajo de N. EL-BEHEIRI, «El valor perenne de la obra *Römisches Staatsrecht* de Theodor Mommsen: la res publica romana, entre realidad histórica e institución jurídica», *Foro. Nueva Época*, vol. 18, n. 2 (2015), 249-265.

⁴ Cfr. A. d'ORS, entre otros lugares en «Sobre la revolución administrativa», *Verbo* (1984), 955-966.

La visión reticente de la iusprivatística⁵ es conocida y se aborda en varios de los trabajos que componen este volumen a los que, dicho sea de paso, no puede acusárseles de tener como motor la protección de su campo. Por el contrario, su factor común es la protección de la autonomía de la voluntad frente a la injerencia del, mucho más fuerte, poder público. Conviene no olvidar que en los orígenes de la distinción, en palabras de Stein, «Ulpiano probablemente deseaba proteger al derecho civil tradicional de las interferencias imperiales»⁶. También limitar los privilegios concedidos a los militares con la consecuencia inmediata de su muerte a manos de pretorianos rebeldes.

La historia está, sin duda, implicada en nuestra distinción, pero no solo porque ésta esté presente en la historia sino más bien porque es una distinción recurrente que si bien tiene un primer momento histórico vuelve a aparecer una y otra vez. De hecho, esa es la razón del interés de su estudio, el modo en que muestra las transformaciones que en cada momento sufre el fenómeno jurídico. Uno de los primeros que se formula esta pregunta es, como es bien conocido, Duguit «¿Por qué desaparece el sistema de derecho público fundado en la noción de poder público? (...) Las causas del fenómeno, como las de cualquier gran hecho social, son numerosas y muy complejas. Unas son anteriores a la formación del sistema y le son internas; las otras le son externas y de orden filosófico, político y económico a la vez: tres factores, éstos, por lo demás, que obran siempre en la formación del derecho»⁷. La causa fundamental a juicio de Duguit es la sustitución de la soberanía (el *imperium* romano) por la noción de servicio público, que es la que funda el derecho público. El servicio público no es una noción nueva, continúa, pero sí lo es el lugar preferente que ocupa en el campo del derecho y la transformación que eso ocasiona⁸. Algo complementario sucede en el derecho privado. Duguit considera que los

⁵ Pascua Mateo habla de arrebataamiento de sectores propios del derecho privado por el público: la nacionalidad, el derecho de familia, trabajo, el derecho de la regulación, especialmente el mercado de valores y derecho bancario. A eso habría que sumar la utilización de técnicas propias del derecho público en ámbitos del privado, como es el gobierno corporativo de las sociedades, que se ve controlado desde fuera por diversos organismos de control, el régimen de impugnación de acuerdos que se asemeja cada vez más al que es propio del derecho administrativo. F. PASCUA MATEO, *El rapto del derecho privado. Las relaciones entre el derecho público y el Derecho privado...*, op. cit., pp. 85-109.

⁶ P. G. STEIN, *El derecho romano en la historia de Europa*, Siglo veintiuno de España editores [tr. C. Hornero y A. Romanos], 30 y ss.

⁷ Comienzo de L. DUGUIT, *Las transformaciones del derecho público y privado*. Citamos por la edición crítica publicada en la editorial Comares en 2007, sobre la traducción de A. Posada y R. Jaén

⁸ *Ibid.*, 18.

cambios son esenciales al derecho pero en el caso del derecho privado la clave estaría en la pérdida de sentido del derecho subjetivo que ha de ser integrada con una nueva función social. En sus palabras, «La noción de derecho subjetivo se encuentra totalmente arruinada y con razón puedo afirmar que es una noción de orden metafísico, que no puede sostenerse en una época de realismo y de positivismo como la nuestra»⁹.

Pero la disconformidad que nos interesa ahora es la procedente de las filas del iuspublicismo, si se advierte la hipótesis según la cual, en los últimos años se ha producido entre ellos un incremento de esa preocupación que antes ocupaba a sus colegas de derecho privado¹⁰. Y en este caso (como en realidad sucede también en el otro y por razones análogas) los motivos de la preocupación no son sólo la protección del propio campo de estudio sino que tienen razones que guardan relación con el concepto de derecho mismo, así como con la misión que cumple; se preocupan por lo que parece una injerencia de intereses puramente privados en el ámbito público.

Si, como dice Radbruch, la distinción entre derecho público y privado acoge la diferencia aristotélica entre justicia conmutativa y distributiva¹¹, ésta última, por ocuparse del interés general, tendría preferencia sobre el intercambio de intereses privados en que consiste la justicia conmutativa. Esto justifica la injerencia de lo público en lo privado, o dicho de otra manera, del legislador en lo que en pura teoría debería ser materia de la autonomía de la voluntad. De ese modo deja de ser injerencia para convertirse en protección. Pero ¿puede admitirse la situación opuesta?

En el estado social contemporáneo lo primero ha llegado a asumirse de forma generalizada. Desde la teoría del derecho y el derecho constitucional ésta es la idea que recoge el llamado neoconstitucionalismo o constitucionalismo de los derechos una de cuyas posiciones es que los derechos fundamentales tienen eficacia inmediata en todos los ámbitos jurídicos incluso en el que caso de que la legislación no los haya protegido específicamente; desde la perspectiva de los actores del derecho admite una interpretación extensiva de la ley y otorga al juez un papel que va más allá del que tiene el mismo legislador. Hoy esta tesis ha dado un paso más con la denominación extensiva «neoconvencionalismo»¹².

⁹ *Ibid.*, 155.

¹⁰ De hecho, preocupación es lo que refleja Martínez López-Muñiz en el discurso citado.

¹¹ G. RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*, 32.

¹² Cfr. J. CIANCARDO, «Los a priori de la cultura de los derechos», en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 34 (2016).

Pero desde el punto de vista del modo de protección de los derechos, en los últimos años, el papel del Estado también ha sufrido cambios y ha adoptado diversas denominaciones para poner remedio a la dificultad de construir una teoría del derecho público coherente¹³. El Estado ha pasado a ser regulador y más tarde garante. Esto último implica hablar no tanto de actividades como de resultados y en este punto seguiré a J. Esteve. Podemos decir que una vez superado el Estado liberal, policía, e instaurado en buena parte del mundo el Estado social, nos encontramos ahora ante una tesitura complicada como es la de que el Estado no es capaz de hacer frente a las expectativas que ha generado. Y resuelve su problema de diversas maneras: entre otras, dejando que otros ocupen su lugar tradicional. En palabras de Esteve «esas dos correlaciones fundamentales que hasta ahora se han sucedido tenían en común la postura preponderantemente activa del Estado y correlativamente pasiva de la sociedad. El Estado liberal no sólo mantenía la seguridad y el orden social sino que acometió una política de obras públicas y de dinamización económica para la que la débil y escasamente organizada sociedad de entonces no se encontraba capacitada; mayor es todavía el protagonismo del Estado en el modelo social y su proyección sobre una sociedad que, ciertamente, era ya más fuerte pero mostraba abiertas desigualdades que se pretendían aminorar (...). La singularidad de la transformación que ahora se atisba es que, a diferencia de las dos anteriores, no tiene en el Estado su protagonista activo sino que viene impulsada por el extraordinario fortalecimiento de la sociedad en las últimas décadas. Una realidad que nos cuesta percibir a los juristas, aquejados como estamos de un autismo que nos recluye en el complejo sistema normativo e institucional cuando los cambios de calado se originan fuera, en la sociedad...»¹⁴.

Los resultados que se pretenden pueden ser conseguidos de muchos modos y no necesariamente son tarea a realizar por el Estado. Pero sí debiera actuar sobre la corriente privatizadora para garantizar la atención de los intereses generales¹⁵.

¹³ M. DARNACULLETA, «La realidad consensuada durante muchos años de cultivo de una determinada concepción del Estado de Derecho conduce a interpretar las transformaciones que están teniendo lugar en este siglo XXI a través de categorías gestadas en el siglo XIX» y «Los instrumentos normativos de regulación bancaria en el sistema de fuentes del derecho», en M. SALVADOR (dir.), *Regulación bancaria: transformaciones y estado de derecho*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 181.

¹⁴ J. ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 19 y ss.

¹⁵ Cfr. J. ESTEVE PARDO, *Estado garante. Idea y realidad*, INNAP, julio 2015, 9. Sobre la razón de esta transformación cfr. J. ESTEVE PARDO, *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

Sobre este punto se pronunció también con claridad hace unos años M. Stolleis «El poder público democráticamente legitimado quizá (y ojalá) no desaparezca, pero tal vez no siga llamándose Estado. Este poder bien puede reducirse de nuevo a ámbitos nucleares, mientras que ‘tareas públicas’ tradicionales que no se corresponden con ese núcleo pasan al campo de la progresiva privatización y también a niveles supranacionales, donde sin embargo, seguirán necesitando de una orientación ‘estatal’ como garantía frente a los peligros para el *ordre public*»¹⁶.

Durante algún tiempo la fortaleza aparente de organizaciones internacionales y uniones de estados cuyo paradigma ha venido siendo la Unión Europea nos han hecho pensar que el fin del Estado podía estar cerca. Hoy, tras acontecimientos de diverso tipo que han mostrado señales de debilidad en aquéllas, ese fin parece más lejano. En cualquier caso, si el Estado debe seguir existiendo tiene que volver a encontrar su razón de ser que radica, de nuevo con Esteve, en la búsqueda del bien común, del bien de todos, y en la protección de los más débiles. La tarea de la política sigue en vigor. Pero mal puede hacerlo si no comprende cómo funciona el sistema, y que no cuenta con las mismas armas con las que contaba.

La directora

¹⁶ M. STOLLEIS, *La textura histórica de las formas políticas*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 85; ed., introducción y tr. de I. Gutiérrez.